



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO

JULIANA GOMES RABELO

**A COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA
OBTENÇÃO DE PERFIL GENÉTICO.**

Uma análise do Recurso Extraordinário nº 973.837 e da Lei nº 12.654 à luz de Dworkin.

Brasília/DF
2018

JULIANA GOMES RABELO

**A COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA
OBTENÇÃO DE PERFIL GENÉTICO.**

Uma análise do Recurso Extraordinário nº 973.837 e da Lei nº 12.654 à luz de Dworkin.

Monografia de conclusão de curso apresentada
ao Curso de Direito da Universidade de Brasília
– UnB como requisito parcial à obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto.

BRASÍLIA
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA GOMES RABELO

**A COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA
OBTENÇÃO DE PERFIL GENÉTICO.**

Uma análise do Recurso Extraordinário nº 973.837 e da Lei nº 12.654 à luz de Dworkin.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora
composta por:

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto
Orientador

Prof. Dr. Paulo Cesar Vilella Souto
Membro Interno

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
Membro Interno

Brasília, 24 de Novembro de 2018.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a constitucionalidade da coleta compulsória de material biológico para obtenção de perfil genético – possibilidade estabelecida na Lei nº 12.654/12 e questionada no Recurso Extraordinário (RE) nº 973.837- à luz dos ensinamentos e da postura interpretativa proposta por Dworkin. Dividiu-se o estudo em três partes. A primeira a apresenta aspectos da teoria de Dworkin considerados relevantes para a análise do caso judicial. A segunda proporciona uma visão geral do debate acerca da coleta compulsória de material biológico para obtenção do perfil genético, apresentando os conceitos e a legislação infraconstitucional relacionados ao caso, bem como os argumentos trazidos ao longo do processo que culminou no RE nº 973.837. Por fim, a terceira almeja encontrar, através de uma interpretação construtiva e compatível com o direito como integridade, a resposta correta para a questão da constitucionalidade da Lei nº 12.654 e, consequentemente, para o RE nº 973.837.

Palavras-chave: Perfil Genético. Coleta compulsória. Constitucionalidade. Ronald Dworkin. Direito como Integridade.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the constitutionality of the compulsory collection of biological material to obtain a DNA profile - possibility established by Law number 12.654/12 and questioned in “Recurso Extraordinário (RE)” number 973.837 - in the light of the lessons and the interpretive posture proposed by Dworkin. The study was divided into three parts. The first presents aspects of the Dworkin theory considered relevant for the analysis of the judicial case. The second provides an overview of the debate about the compulsory collection of biological material to obtain the DNA profile, presenting the infraconstitutional concepts and the legislation related to the case, as well as the arguments brought along during the process that culminated in RE number 973.837. Finally, the third aims to find, through a constructive interpretation compatible with the law as integrity, the correct answer to the question of the constitutionality of Law number 12.654 and, as a consequence, to RE number 973.837.

Key Words: DNA profiling. Compulsory collection. Constitutionality. Ronald Dworkin. Law as integrity

ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DNA - Deoxyribonucleic Acid (Ácido desoxirribonucleico)

LEP - Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984)

LIC - Lei de Identificação Criminal (Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009)

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 - DWORKIN E O DIREITO.....	10
1.1- Pressupostos Filosóficos.....	10
1.2- Integridade, Juiz Hércules e o Romance em cadeia.....	13
1.3- Regra, Princípio e Política.....	15
1.4- Levando os Direitos a Sério e a “A Única Resposta Correta”	18
CAPÍTULO 2 – O CASO.....	21
2.1- O Perfil Genético e a Legislação Infraconstitucional	21
2.2- O RE 973837.....	23
CAPÍTULO 3 – A ANÁLISE.....	26
3.1- Natureza da Coleta.....	26
3.2- Direito à Não Autoincriminação.....	28
3.3- Constitucionalidade.....	34
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.654/12 consolidou, no ordenamento jurídico brasileiro, um novo tipo de identificação criminal: a identificação com base em perfil genético. A lei prevê a possibilidade de extração compulsória – por técnica adequada e indolor – de material biológico de investigado, após autorização judicial, quando a identificação for essencial às investigações. Também traz a obrigatoriedade da coleta – para armazenamento em banco de dados sigiloso – no caso de condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por crime hediondo.

Esse tipo de coleta – mesmo contra a vontade do indivíduo – já era, à época da edição da lei, utilizado por diversos países, como os Estados Unidos (criador do programa de suporte aos bancos de dados de perfis genéticos e do *software* conhecidos como *Combined DNA Index System* - CODIS¹, em funcionamento desde 1990. Mesmo sistema que é utilizado pelo Brasil), o Canadá e a Alemanha.

No Brasil, entretanto, a criação compulsória de perfil genético tornou-se polêmica, dividindo o entendimento de juristas e estudiosos. A controvérsia jurídica chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 873.837, caso no qual condenado por crimes hediondos alega impossibilidade da coleta compulsória devido à inconstitucionalidade da referida lei.

Uma multiplicidade de argumentos foram apresentados, durante o processo judicial, contra e a favor da medida. A fim de agregar outras nuances interpretativas ao debate, o presente trabalho pretende abordar esse “caso difícil” à luz da teoria de Ronald Dworkin (1931-2013), importante filósofo do direito. Propõe-se uma reflexão acerca da constitucionalidade da extração compulsória – tanto no caso dos condenados quanto no caso dos suspeitos – com base nas ideias do autor mais relevantes para o tema.

No primeiro capítulo, serão apresentados os conceitos e as reflexões mais relevantes da teoria de Dworkin para o enfrentamento do caso. Inicialmente, serão expostas algumas noções basilares acerca de sua teoria. Em seguida, serão abordadas diversas formulações de Dworkin, como a integridade no direito, o romance em cadeia e a distinção entre princípios e políticas. Essas considerações proporcionarão a visão necessária para encarar a complexidade do caso.

Já no segundo capítulo, serão elucidados alguns aspectos técnicos essenciais para a compreensão da controvérsia, como a noção do que é o perfil genético, e como ele é obtido. Logo depois, a legislação infraconstitucional referente ao caso será apresentada. Para finalizar o capítulo, haverá a exposição do embate judicial que culminou no RE nº 973.837, bem como dos argumentos contrários e favoráveis à coleta.

O terceiro capítulo consistirá na análise da constitucionalidade da coleta compulsória de material biológico para criação de perfil genético. A partir de uma postura interpretativa construtiva e voltada à integridade do direito, serão enfrentadas diversas questões. Para isso,

¹ Federal Bureau of Investigation (FBI). *Frequently Asked Questions on CODIS and NDIS*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>> Acesso em 14/11/2018.

serão consideradas a constituição, as leis e a jurisprudência, de maneira que se chegue a uma visão sistêmica, justa e coerente do caso.

Em primeiro lugar, será necessário entender qual é a natureza do perfil genético e da coleta. O perfil é uma prova? É uma identificação? No que consiste a coleta de material biológico do condenado?

Depois, será o momento de analisar o principal argumento contrário à coleta: a violação ao direito à não autoincriminação. Será preciso verificar a existência desse direito, seu papel e sua aplicação na prática jurídica, para que se decida se a coleta viola de fato esse direito ou não.

Por fim, a constitucionalidade da coleta compulsória passará por uma prova de fogo, pois deverá resistir a diversas alegações, como as de violação à intimidade, à privacidade e à presunção de inocência. Serão enfrentados, também, alguns argumentos relativos à efetividade da norma. Feitas todas essas considerações, chegará o momento de decidir qual interpretação da controvérsia leva os direitos a sério e mostra o ordenamento jurídico sob sua melhor luz.

1 DWORKIN E O DIREITO

1.1 Pressupostos Teóricos

A Teoria de Dworkin traz como pressupostos determinados juízos filosóficos. Para ele, o direito não é um sistema de regras que entra em conflito com a moral, e sim um ramo da moral. A moralidade, segundo o autor, tem uma estrutura de árvore: o direito é um ramo da moralidade política, que é um ramo de uma moralidade pessoal mais geral, que é um ramo de uma teoria ainda mais geral do que é viver bem.²

A comunidade ou o Estado, de acordo com Dworkin, é personificada. Essa personificação da comunidade não é metafísica, não existe em si mesma, mas é um construto interpretativo, é uma forma de ver a comunidade como distinta dos seres reais que são cidadãos³. Por exemplo, quando é criada uma pessoa jurídica, a responsabilidade da pessoa jurídica é separada da responsabilidade individual. Essa separação permite a análise da entidade como um agente moral, que tem responsabilidades por si mesma. O mesmo vale para a comunidade personificada, sendo que é essa distinção entre responsabilidade individual e coletiva que marca a diferença entre ética, moral pessoal e moral política:

“As comunidades políticas são apenas conjuntos de indivíduos, mas alguns desses indivíduos têm papéis e poderes especiais que lhe permitem agir, sozinhos ou juntos, em nome da comunidade como um todo. Assim, temos de reconhecer um departamento distinto do valor: a moral política. A ética estuda o modo como as pessoas gerem sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal concentra-se naquilo que cada indivíduo deve às outras pessoas. A moral política, pelo contrário, estuda aquilo que todos nós devemos aos outros enquanto indivíduos, quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial.”⁴

O agente da comunidade personalizada não age de acordo com sua moralidade pessoal, de acordo com a sua esfera de “soberania” individual, mas sim de acordo com princípios de uma entidade autônoma.

Na contramão do subjetivismo moral, filosofia muito difundida na atualidade, Ronald Dworkin sustenta a independência metafísica e a unidade do valor. Em outras palavras, entende que algumas ações são erradas em si próprias - ainda que muita gente não pense dessa forma - e que não é possível defender a concepção de algum valor político sem mostrar como essa

² DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.17.

³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 204

⁴ DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.335

concepção se ajusta às concepções de outros valores. Argumenta que a integração, na moralidade política, é condição essencial da verdade.

Essas ideias abrem margem para críticas no sentido de que não há verdade objetiva sobre valor que independa de crenças e atitudes das pessoas que fazer o juízo de valor, e que afirmar que algo é justo ou injusto, certo ou errado, configura apenas uma expressão de nossas emoções, recomendações ou compromissos pessoais. Entretanto, Dworkin adverte que essa linha cética de raciocínio é um equívoco:

“Nós não dizemos (nem podemos compreender alguém que o diga) que a interpretação é como a física, ou que os valores morais estão “lá”, ou podem ser provados. Dizemos apenas, com ênfases diversas, que *Hamlet* trata da protelação, e que a escravidão é iníqua. As práticas da interpretação e da moralidade dão a essas afirmações todo o significado que necessitam, ou que poderiam ter. Se o cético pensa que são erros – maus desempenhos dentro de práticas corretamente entendidas – ele precisa comparar nossas razões e argumentos, nosso próprio relato enquanto participantes, com razões contrárias e argumentos de sua própria criação.”⁵

Ou seja, afirmar que determinada afirmação é uma opinião, e não uma verdade, é, em si, uma crença moral, que também não é demonstrável, e também pressupõe, em si própria, uma verdade. Da mesma maneira, constatar que pessoas divergem sinceramente acerca de um assunto polêmico não é prova de que nenhuma delas está correta ou que não há resposta correta. Qualquer pessoa que faça essa última alegação irá se deparar com pessoas que discordam dela, o que faz com que seu próprio pressuposto invalide sua afirmação.⁶

De acordo com o autor, só é possível convencer alguém no campo da argumentação, do confronto de ideias e de convicções internas à moral. Não há explicação causal que valide uma convicção, nem mesmo a cética. Não há plano científico ou metafísico neutro no qual o ser humano possa se basear. Portanto, a única saída é defender substantivamente qualquer ideia dentro do próprio domínio do valor.

Principalmente no âmbito da política, a rejeição ao ceticismo é essencial. A política é coercitiva, de forma que não basta fazer escolhas com base no que mais agrada, ou no “tanto faz”. Os governantes devem, mesmo que discordando sobre qual concepção de justiça é verdadeira, acreditar que o que dizem é verdade⁷. É necessário fazer esse compromisso. E se a

⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 103.

⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 513.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.20.

coerção só pode ser justificada por juízos morais, a responsabilidade e a necessidade de coerência no direito é ainda maior:

“Tem de haver uma resposta correta sobre a melhor coisa a fazer, mesmo que essa resposta seja que nada é melhor. Isso não é um truque; é, antes, uma maneira de lembrar que o ceticismo não é uma posição por defeito⁸. Qualquer convicção de que nada importa deve ser tanto alvo da nossa suspeição e dúvida – e esperança vã numa validação externa – quanto qualquer outra convicção mais positiva. Se o leitor pensar que nada importa, lembre-se que essa é também uma conclusão que outras pessoas, que pensam de forma tão profunda quanto o leitor, não aceitam. Não há escapatória do isolamento de acreditar naquilo que os outros não acreditam. O ceticismo ou o niilismo não é, por certo, uma escapatória.”⁹

Mas o que é direito para Ronald Dworkin? Ele defende, ciente da revolução filosófica proporcionada pelo giro hermenêutico e linguístico¹⁰, que direito é inevitavelmente um conceito interpretativo, e não neutro. Entretanto, para ele, direito é a interpretação da prática social, assemelhando-se à interpretação artística por interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas – e não fatos não criados por pessoas, como na interpretação científica, ou o que as pessoas dizem, como na interpretação conversacional. A interpretação do direito é, então, uma forma de interpretação criativa e construtiva¹¹, que impõe um propósito a um objeto ou à prática, com a finalidade de atribuir o máximo de valor a ela.

Essa interpretação se dá em três etapas: “Pré-interpretativa”, interpretativa e pós interpretativa. Na etapa “pré-interpretativa”, o intérprete identifica as regras e os padrões que fornecerão o conteúdo experimental na prática:

“Mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário.¹² As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um alto grau de consenso (...) se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações

⁸ O autor, no texto original, utiliza a expressão *by default*.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.426

¹⁰ Nesse ponto, Dworkin parece ter partido principalmente das formulações de Gadamer (em *Verdade e Método*), Wittgenstein (especialmente a analogia entre conceitos e fibras de uma corda, em *Investigações Filosóficas*) e Habermas (em *Teoria do Agir Comunicativo*).

¹¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 63.

¹² “Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o interprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido só se manifesta por quem lê e o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme avança na penetração do sentido. (...) Justamente todo esse constante reprojetar, que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar, é o que constitui o processo que Heidegger descreve. Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª ed. Petrópolis:1999, p. 402)

que ela oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia-a-dia.”¹³

Na etapa interpretativa, busca-se uma justificativa geral para os elementos principais da prática identificada na etapa anterior. Essa justificativa não precisa se ajustar a todos os aspectos, porém deve fazê-lo o suficiente para que o interprete se veja como tal, e não como alguém que inventa uma nova prática. Por fim, na etapa pós-interpretativa (ou reformuladora), é preciso ajustar a ideia do que a prática “realmente” requer para fazer valer da melhor maneira a justificativa aceita na etapa anterior. É justamente dessa interpretação construtiva do direito, que Dworkin desenvolve sua teoria do Direito como integridade.

1.2 Integridade, Juiz Hércules e o Romance em cadeia.

Direito como Integridade, é, para Ronald Dworkin, a melhor interpretação do que fazem os juízes, os advogados e os professores de direito. É a ideia de que os direitos e deveres devem ser entendidos, até onde for possível, como criações de um único autor – a comunidade personificada – e que por isso devem compor uma concepção coerente de justiça, equidade e devido processo legal, a partir da melhor interpretação do que isso signifique. É não só produto da interpretação da prática jurídica, mas também fonte de inspiração dessa prática:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, que por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendamos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.” (p.271)¹⁴

Segundo Dworkin, existem dois princípios de integridade política: um princípio legislativo e um princípio jurisdicional. O primeiro demanda a busca pelo legislativo da coerência do conjunto normativo, mas não é uma coerência tão forte:

O efeito da integridade sobre as decisões políticas é mais difuso. Exige, como afirmei, que o governo persiga alguma concepção coerente daquilo que significa tratar as pessoas como iguais, mas esta é, sobretudo, uma questão de estratégias gerais e de testes estatísticos preliminares(...)contudo, o interesse da integridade pelos direitos e princípios às vezes desqualifica um certo tipo específico de incoerência.¹⁵ (p.268)

¹³DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 81.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 268

Já o segundo exige que o ordenamento jurídico seja visto como coerente, na medida do possível. Essa coerência deve ser tanto vertical quanto Horizontal. No âmbito vertical, é necessário que a justificação do regulamento seja consistente com os princípios que fornecem justificação para a lei, e que a lei seja consistente com os princípios constitucionais. Os níveis mais elevados condicionam as possibilidades interpretativas dos níveis inferiores. Já no âmbito horizontal, é necessário que os princípios que justifiquem uma decisão em determinado nível também sejam consistentes com a justificação de outras decisões nesse mesmo nível.

Também é necessário ter em mente que integridade é um ideal independente da justiça e da equidade. Caso se leve a sério a integridade, haverá momentos nos quais ela conflitará com aqueles. A resposta íntegra para determinada questão em uma sociedade perfeitamente justa e imparcial não é a mesma em uma sociedade real, repleta de contingências, na qual é preciso lidar com a percepção de que equidade e justiça não são equivalentes, ao contrário, costumam entrar em conflito.¹⁶

Para explicar essa complexa estrutura de interpretação jurídica que envolve o Direito como Integridade, Dworkin cria um juiz fictício, com capacidade e paciência sobre-humanas, criterioso e metódico: O juiz Hércules. Cabe a esse juiz decidir partindo do pressuposto, na medida do possível, de que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios, abstratos e concretos, que justifica os precedentes, as leis e a constituição. A finalidade interpretativa de Hércules é mostrar o direito sob a melhor luz.

Por óbvio, nenhum juiz real conseguiria, em cada caso, fazer uma interpretação plena e integral do direito de sua comunidade, questionando cada ponto em relação ao todo. Todavia, o juiz comum pode imitar o trabalho de Hércules na medida do possível¹⁷, fazendo com que sua interpretação alcance até onde as perspectivas lhe parecerem mais promissoras e necessárias.

Hércules, mesmo com tempo e imaginação infinitos, não conseguirá encontrar uma consistência absoluta no ordenamento jurídico complexo que se dispõe a interpretar. Porém poderá encontrar uma justificação coerente, convincente e plausível, que não estabeleça distinções arbitrárias. Deve agir como participante de um romance em cadeia¹⁸, criando o melhor romance possível a partir do que recebeu, como se a obra fosse de um único autor. Isso

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 214.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 294.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275.

envolve buscar as interpretações adequadas à essa finalidade e então decidir qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor a essa obra em desenvolvimento, ou seja, a torna uma obra melhor.

Essa justificação da história jurídica poderá, em determinados casos, considerar determinada parte dessa história como um equívoco.¹⁹ Mas tal recurso deve ser utilizado com cautela, vez que o uso imprudente desse tipo de argumentação inviabiliza a própria consistência que Hércules deve garantir. Para o autor, “uma justificação que designe uma parte daquilo que deve ser justificado como errônea já será, *prima facie*, mais frágil do que outra que não a faça.”

²⁰ Assim, é preciso demonstrar que essa justificação é mais forte – por ser mais justa, menos desatualizada, etc. – que outras alternativas que não reconheçam erros, ou que reconheçam outros tipos de erros.

É possível que, em determinado caso, exista mais de uma interpretação que se ajusta satisfatoriamente na área do seu interesse imediato. O juiz deve, então, visando a maior coerência possível do direito como um todo, ampliar o alcance do seu estudo, incluindo uma gama maior de áreas do direito relacionadas, numa série de círculos concêntricos. É o que o autor intitula de “Princípio da Prioridade Local da Interpretação”.

Mesmo após toda essa construção, não se segue que todos os juízes adeptos à teoria do direito de Dworkin irão chegar às mesmas conclusões²¹. Não há, em suas obras, a pretensão de eliminar a controvérsia acerca de “casos difíceis” do direito. Porém a controvérsia será a respeito do que a lei, a constituição ou o precedente exigem, ainda que com isso inevitavelmente transpareçam as convicções intelectuais e filosóficas de quem interpreta:

“A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é (...), uma forma que é inevitável em algum nível.”²²

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 261.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 190.

²¹ “Essa teoria seria, em alguma medida, diferente da teoria constitucional desenvolvida por outro juiz, pois uma teoria constitucional requer juízos sobre questões complexas de adequação institucional, bem como juízos sobre filosofia política e moral, e os juízos de Hércules serão inevitavelmente diferentes daqueles emitidos por outros juízes.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 183)

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 197-198

Portanto, não será uma discordância a respeito do que deve ser feito depois que supostamente se exaure a clareza da lei, como se fosse possível encontrar – sem utilizar como base as próprias convicções - o limite do que o direito explícito exige e, posteriormente, por conta da textura aberta das normas, exercer um poder discricionário onde esse direito não alcança.

1.3 Regra, Princípio e Política

Dworkin traz, em sua teoria, a diferenciação entre princípios e regras. Os dois são padrões que apontam para decisões particulares no que diz respeito à obrigação jurídica em circunstâncias específicas. A diferença está no tipo de orientação. Enquanto as regras são aplicadas segundo a lógica do tudo ou nada, os princípios são aplicados de acordo com o seu peso ou importância no caso.

Ou a regra se aplica ao caso ou não se aplica. Se aplicável, a resposta que ela traz deve ser aceita. Se uma regra entra em conflito com outra, apenas uma poderá ser válida.²³ Uma regra pode ter várias exceções, no entanto, um enunciado correto da regra levará em conta essas exceções, sob pena de ser incompleto. “Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.”²⁴

Já o princípio não traz consequências jurídicas automáticas, não dita resultados, nem pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. O que ele faz é enunciar uma razão que conduz o argumento em alguma direção, de forma não conclusiva. Podem existir outros princípios que levem a outras direções. Isso não significa que, se um princípio não prevalecer em determinado caso, ele não é um princípio válido no sistema jurídico. Em outro caso, nos qual as considerações contrárias a esse princípio não existirem ou forem mais fracas, ele poderá ser essencial.

Essa natureza dos princípios pode levar algo que, para Dworkin, seria inconstitucional: Concluir que os juízes, ao lidar com eles, têm poder discricionário. Um conjunto de princípios pode ditar um resultado. Caso um juiz conclua que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer determinam uma direção e que os princípios opostos a essa direção não têm igual peso, ele deve decidir de acordo com isso, assim como deveria seguir uma regra que acredita

²³ “Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43)

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

obrigatória no caso. Sempre haverá a possibilidade de que o juiz esteja errado em sua avaliação acerca dos princípios. Porém essa possibilidade também está presente quando um juiz entende que determinada regra impõe uma obrigação em determinada situação.²⁵ A força dos princípios não é uma maneira, portanto, de ampliar os poderes do Juiz. É, na realidade, um limite e dever.

O autor muitas vezes utiliza o termo “princípio” de forma genérica, como foi feito até agora, para indicar tudo o que não se enquadra na ideia de regra. No entanto, para a compreensão de sua teoria, é importante estabelecer a distinção entre política e princípio:

“Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”²⁶

Dessa maneira, os argumentos de política justificam uma decisão política com base em um objetivo da comunidade como um todo, enquanto os argumentos de princípio justificam uma decisão política com base em um direito de um indivíduo ou de um grupo. O legislativo irá, na maioria das vezes, se justificar tanto por argumentos de política, quanto por argumentos de princípio. E a utilização de padrões políticos por aqueles incumbidos de criar as leis é legítima.²⁷ Contudo, para Dworkin, a partir do momento em que o legislativo cria uma lei, mesmo que embasada em argumentos de política, a questão passa a ser de princípio.

Ou seja, o legislativo toma sua decisão política por meio de um processo político projetado para representar a proporção e a diversidade de interesses a serem considerados. E é justamente por essa abertura a grupos de pressão e a agendas das mais variadas que os agentes legislativos passam pelo mecanismo de *accountability* das eleições.

Isso não significa que o poder legislativo está desvinculado de qualquer responsabilidade de princípio. Ainda será necessário tomar decisões racionais e equânimes,

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 57

²⁶ (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36)

²⁷ “A justificação de um programa legislativo de alguma complexidade vai normalmente exigir os dois tipos de argumento. (...) Não foge absolutamente à competência do poder legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 130)

justificadas por metas coletivas, porém mantendo o respeito aos direitos dos cidadãos²⁸. No entanto, segundo Dworkin:

“A doutrina requer, poderíamos dizer, uma consistência articulada. Tal exigência, contudo, é relativamente fraca quando se trata de políticas. As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira.”²⁹

Não cabe ao judiciário, em sua interpretação da lei – ainda que em “casos difíceis” – decidir com base em argumentos de economia ou de utilidade para a comunidade. Isso seria desvirtuar a função inestimável do juiz na defesa da democracia: decidir com base em argumentos de princípio³⁰, fazendo valer o direito do indivíduo, ainda que contrário aos interesses da maioria. Esse papel contra majoritário³¹ é justamente uma das razões pelas quais o juiz não é eleito. Portanto, o juiz que age corretamente não é “ativista” nem “passivista”:

Ele não é um “passivista”, pois rejeita a ideia rígida de que os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas, independentemente da parte do sistema constitucional em questão. Considerará que o objetivo de algumas disposições é, ou inclui, a proteção da democracia, e que irá interpretar tais disposições nesse espírito, em vez de subordinar-se às convicções daqueles cuja legitimidade elas poderiam desafiar. Decidirá que o objetivo de outras disposições é, ou inclui, a proteção de indivíduos e de minorias contra a vontade da maioria, e que, ao decidir sobre as exigências de tais disposições, não irá ceder àquilo que os representantes da maioria consideram correto.

Ele também não é um “ativista”. Vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas.”³²

1.4 Levando os Direitos a Sério e a Única resposta correta

Dworkin defende que os direitos constitucionais conhecidos como direitos fundamentais são direitos no sentido forte contra o governo: direitos que não devem sofrer interferência, a não ser que razões especiais a justifiquem. Dessa forma,

“Alguém que sustente que os cidadãos têm um direito contra o governo não precisa chegar ao ponto de afirmar que o Estado nunca está justificado a não dar o

²⁸ (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 179)

²⁹ (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137)

³⁰ “Hércules deve supor que sua comunidade compreende, ainda que talvez não o admita explicitamente, que é preciso ver as decisões judiciais como instâncias justificadas por argumentos de princípio, e não por argumentos de política.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 180)

³¹ “Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 197)

³² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 474-475.

devido peso a tal direito. Poderia dizer, por exemplo, que embora os cidadãos tenham direito à liberdade de expressão, o governo pode ignorar esse direito quando necessário para proteger os direitos de outros, ou para evitar uma catástrofe, ou mesmo para obter um benefício público mais evidente e importante (ainda que, ao reconhecer esse último como uma justificação possível, ele não estaria tratando o direito em questão como um dos mais importantes ou fundamentais). O que ele não pode fazer é dizer que o governo está justificado ao desconsiderar um direito com base em razões de pouco peso, que seriam suficientes se nenhum direito desse tipo existisse.”³³

Caso o governo escolha proteger o mais importante, no caso, dentre dois direitos individuais concorrentes, ele não estará anulando ou enfraquecendo a noção de direito. No entanto, um “direito da sociedade” não pode ser considerado um direito concorrente oponível ao direito individual. Isso porque este é precisamente o direito de fazer algo mesmo quando a maioria considera errado fazer tal coisa, ainda que isso envolva prejudicar a maioria. O direito fundamental individual é um trunfo contra o Estado³⁴.

Aqueles que levam os direitos a sério, segundo o autor, aceitam duas ideias de extrema relevância: a dignidade humana e a igualdade política. A primeira é associada a Kant e pressupõe que é justo e necessário que todo ser humano seja tratado como membro pleno da comunidade humana. Já a segunda, que decorre da primeira, parte da seguinte compreensão: todos os membros da comunidade política têm direito ao mesmo respeito e à mesma consideração.

Portanto, uma pessoa tem um direito fundamental quando este for necessário pra proteger sua dignidade ou para que receba a mesma consideração e o mesmo respeito que os demais.³⁵Essa ideia de dignidade humana é universal, porém pode trazer consequências diferentes para diferentes situações e ordenamentos jurídicos:

“O juízo interpretativo tem de ser naturalmente sensível a diferentes condições econômicas, a características políticas e culturais diferentes e a histórias diferentes. Deve ser sensível a essas diferenças, porque afetam claramente a interpretação – um esforço para perceber a preocupação e o respeito iguais ou a indiferença a estes ideais- que é considerada a mais rigorosa. Uma política de saúde ou de educação que mostrasse um esforço sincero num país pobre mostraria desrespeito em um país rico. Mas o próprio padrão abstrato – a compreensão básica de que a dignidade exige preocupação igual pelo destino de todos e respeito total pela responsabilidade pessoal – não é relativo. É genuinamente universal.”³⁶

³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 294.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.337 e DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton University Press, 2006, p.31

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 305

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.346

É dever do Estado mostrar igual preocupação com as pessoas sob seu domínio, ao mesmo tempo que respeita a responsabilidade ética de cada uma delas. A partir dessa noção, Dworkin esclarece que o respeito aos direitos humanos requer que o governo não contradiga os próprios valores:

“The basic requirement that government show respect for human dignity functions in two ways (...), that basic requirement is the source of what we might call baseline human rights: the concrete rights, like the right not to be tortured, that set limits to how any government may act. These rights forbid acts that could not be justified by any intelligible interpretation of the ideas that people’s lives are of equal intrinsic value and that they have a personal responsibility for their own lives. (..) But, second, the basic requirement has a further, continuing, and distinct force. It forbids any government to act toward anyone in a way that contradicts its own understanding of those values—the understanding embedded in its own laws and practices.”³⁷

Levar os direitos a sério é, em última instância, levar a sério o poder coercitivo do Estado, exigindo dele coerência:

“Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre essa natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções”³⁸

Esse respeito não pode ser dado por meio da indiferença, sob o argumento de que não é possível fornecer previsões confiáveis da utilização de seu poder, já que as pessoas acreditam ter pretensões juridicamente protegidas. Ainda que esse sistema esteja sujeito a erros, a comunidade já ganha com o compromisso e com a tentativa.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton University Press, 2006, p. 35-36.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 286.

2 O CASO

2.1 O Perfil Genético e a Legislação Infraconstitucional Brasileira

Para o adequado entendimento da controvérsia, é necessário entender o que é o perfil genético. A partir de um material biológico (como sangue, sêmen, cabelo ou saliva), é possível obter o DNA de uma pessoa, ou seja, uma cadeia de moléculas que define as características de um indivíduo. Mas DNA e perfil genético são conceitos que, apesar de conectados, não são sinônimos:

“Em primeiro lugar, é preciso que fique clara a distinção entre o DNA (uma molécula que contém muitas informações) e o perfil genético (uma pequena informação extraída do DNA). O DNA como um todo pode, realmente, revelar muitas informações sensíveis, como a propensão a doenças, entre outras. O perfil genético, entretanto, obtido a partir das regiões não-codificantes do DNA é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização.”³⁹

O legislativo brasileiro, ciente dessa possibilidade de identificação decorrente do avanço tecnológico, criou a Lei nº 12.654/12, que altera as Leis nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) e nº 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal) para prever a identificação por perfil genético.

No caso da LIC, alterou-se o Art. 5º para possibilitar a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético quando a “identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”.

Foram adicionados, ainda, os Arts. 5º-A, 7º-A e 7º-B, que preveem o seguinte:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

³⁹ JACQUES, G.S.; MINERVINO, A. C. Aspectos Éticos e Legais dos Bancos de Perfis Genéticos. Perícia Federal, n. 26, 2008. p. 19.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.”

“Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.”

Já a LEP passou a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.’ ”

Ou seja, a Lei nº 12.654/12 traz previsões distintas para dois sujeitos distintos: o investigado, e o condenado por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos. No caso dos condenados, não há previsão expressa de prazo para a exclusão dos perfis.

A legislação ainda faz referência a uma técnica adequada e indolor de extração do DNA. Atualmente, o método utilizado consiste na extração por contato de suabe bucal⁴⁰ (uma espécie de cotonete) com o interior da mucosa oral do indivíduo.

Posteriormente, o Decreto nº 7.950/13 regulamentou a Lei nº 12.652/12, instituindo, no âmbito do Ministério da Justiça, o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). Segundo os §§1º e 2º do art. 1º desse decreto, “o Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes” e “a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos tem como objetivo permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.”

⁴⁰ eDOC 26, p.2 do RE 973837.

O Banco de Dados de Perfil Genético é constituído por dois bancos de dados: o Banco de dados de referência e o Banco de dados questionado. O primeiro armazena a identificação obtida diretamente do indivíduo (identificação imediata) e o segundo armazena os perfis genéticos obtidos nos locais de crimes por meio de materiais biológicos como cabelo, sêmen e sangue (identificação mediata).⁴¹ A partir do cruzamento dos dados desses bancos, é possível verificar se o material biológico encontrado no local do crime pertence ao indivíduo submetido à coleta do perfil genético.

2.2 O RE 973837

A partir dessas noções básicas, passa-se à exposição da jornada judicial que culminou no RE nº 973.837.

Wilson Carmino da Silva sofreu 3 condenações (A primeira por sequestro e cárcere privado; a segunda por atentado violento ao pudor com sequestro, cárcere privado, corrupção de menores e maus tratos; e a terceira por tortura mediante sequestro) que totalizaram uma pena de 24 anos e 5 meses de reclusão.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, então, solicitou, em Fevereiro de 2014, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético de Wilson Carmino da Silva, invocando a obrigatoriedade de criação de um banco de dados decorrente do Art. 9º-A da LEP. Na época, já havia sido concedido a Wilson o Livramento Condicional.

Em Março de 2014, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, patrocinando os interesses de Wilson, requereu a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo, enumerando como parâmetros os incisos III do Art 1º; III, XLIX, LVI, LVII, LVIII e LXIII do art. 5º da Constituição de 88⁴² e o princípio constitucional da não autoincriminação.

⁴¹ SERPA JÚNIOR, Wilson dos Santos. *A recusa do investigado ao fornecimento de material genético nos casos previstos pela Lei nº 12.654/2012*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília. 2017, p.14.

⁴² Art 1º, CRFB/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III – a dignidade da pessoa humana”.

Art 5º, CRFB/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Ainda em Março, o juiz de direito da Vara de Execuções Criminais de Belo Horizonte, entendendo pela inconstitucionalidade do Art. 9º-A da LEP, indeferiu o pedido do MP. Afirmou, ainda, que não pode o juiz da execução, por fato pretérito, determinar a realização de prova para fato futuro, vez que o art. 5º, XL, da CF/88 impede que a lei penal retroaja, salvo para beneficiar o réu.

Em Abril de 2014, o MP interpôs agravo no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG), alegando que o Art. 5º, LVIII da CF/88 prevê a possibilidade de identificação criminal nas hipóteses previstas na lei, de forma que não haveria que se falar em inconstitucionalidade do Art. 9º-A da LEP.

A defensoria, no mesmo mês, apresentou contrarrazões, reiterando suas razões e frisando a incompatibilidade da ideia de ressocialização do preso com a coleta de identidade genética sob a presunção de que o preso voltará a delinquir. Alegou, ainda, que o apenado já está identificado, de forma que não seria necessária a identificação criminal.

Em Agosto de 2014, o TJ-MG deu provimento ao recurso do MP, entendendo que não há inconstitucionalidade e que não ocorreu violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, já que o artigo da LEP traria mero procedimento administrativo de identificação em sede de execução penal. Houve oposição de embargos de declaração pela defensoria, que foram rejeitados pelo colegiado por ausência de vício.

Já em Fevereiro de 2015, houve a interposição de recurso extraordinário pela defensoria, sob alegação de desrespeito ao princípio da não autoincriminação e ao Art. 5º, II da CF/88⁴³. Em contrarrazões, o MP-MG defendeu a manutenção do acórdão e argumentou que haveria violação ao Art. 5º da Constituição caso a legislação infraconstitucional fosse desrespeitada.

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

⁴³ Inciso II do Art 5º da CRFB/88: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em Agosto de 2015, o TJ-MG negou seguimento ao recurso extraordinário por violação à Súmula 283 do STF⁴⁴. Em seguida, a defensoria interpôs agravo e o MP-MG apresentou contraminuta de agravo.

No STF, os autos foram distribuídos, em novembro de 2015, ao Min. Gilmar Mendes, que abriu vista à PGR. O parecer foi pelo desprovemento do agravo por ausência de violação ao princípio da não autoincriminação. Entendeu, também, que houve desrespeito à Súmula 283 do STF, já que a defensoria deixou de enfrentar a tese de inaplicabilidade do princípio da não autoincriminação por ser a coleta do Art.9º-A da LEP restrita aos condenados por decisões transitadas em julgado.

O ministro relator deu provimento ao agravo em Maio de 2016. Em Junho de 2016, o STF reconheceu, por unanimidade, a existência de repercussão geral na controvérsia, criando o tema 905: “Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal.”

O STF realizou audiência pública em Maio de 2017, na qual pessoas e entidades - inclusive de outros países - com experiência, estudo e autoridade no assunto tiveram a oportunidade de fornecer mais informações e olhares acerca da coleta de perfil genético nos casos em tela.

A PGR reiterou, em dezembro de 2017, o parecer pelo desprovemento do recurso. Entendeu-se que a Lei nº 12.654/2012 não é inconstitucional, por trazer limitação proporcional ao direito à privacidade face à segurança.

O RE nº 973.837 permaneceu sem julgamento até a finalização deste trabalho.

⁴⁴ Súmula 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

3 A ANÁLISE

O RE nº 973.837, especificamente, trata da possibilidade de obrigar o condenado a se submeter à coleta de material biológico para criação de perfil genético. Ou seja, questiona a constitucionalidade do Artigo 9º-A da LEP, adicionado pela Lei nº 12.652/12. No entanto, o presente trabalho analisará também a modificação introduzida pela referida lei na LIC. Isso porque, apesar das distinções existentes, muitas das questões constitucionais que envolvem o perfil genético abarcam tanto o caso dos condenados quanto o dos investigados.

Para chegar à resposta correta no caso do RE nº 973.837, é necessário fazer os seguintes questionamentos acerca da coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, com as devidas diferenciações entre a situação dos condenados e a dos investigados:

1. Qual é sua natureza no âmbito do processo penal?
2. Há direito à não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro? Se houver, ele impede a coleta?
3. Ela é compatível com os princípios e as regras do Direito Constitucional brasileiro?

3.1 Natureza da Coleta

O Artigo 5º, LVIII, da Constituição Federal prevê que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.” Em regra, portanto, a identificação criminal não é possível. Porém, como a identificação genética foi criada pela Lei nº 12.652/12, ela cumpre essa exigência constitucional.

O perfil genético, em si, como visto anteriormente, nada mais é que uma identificação genética. Sua função é estritamente de individuação. A única informação adicional que se extrai do perfil é o sexo biológico da pessoa. Além disso, a lei prevê o armazenamento apenas do perfil, e não das partes codificantes do DNA.

Nesse aspecto, até mesmo uma identificação fotográfica expõe mais o identificado, uma vez que disponibiliza informações como cor da pele, cor do olho, cabelo, traços e tatuagens. É possível descobrir, algumas vezes, até mesmo se a pessoa possui uma síndrome ou uma deficiência. Diante dessas considerações, Nucci defende que a identificação genética é válida. Além disso, sustenta que a lei poderia ter fixado essa identificação para todos os condenados:

A identificação criminal, quanto mais segura, melhor. O Estado tem possibilidade de apurar crimes e sua autoria com certeza de não processar um indivíduo em lugar de outro, por falha na documentação colhida, sujeita que é aos mais diversos procedimentos de falsificação. O acusado, igualmente, terá a oportunidade de não responder por delitos cometidos por pessoa diversa. Logo, não vislumbramos nenhuma lesão a direito ou garantia individual nessa medida.

Coleta-se material biológico (DNA) para a perfeita identificação criminal, de acordo com o perfil genético. Estipulou-se o procedimento para os condenados por delitos graves (dolosos cometidos com violência contra a pessoa) e aos sentenciados por delitos hediondos. Em verdade, deveria ter fixado para todos os condenados, evitando-se qualquer espécie de erro judiciário, independentemente da gravidade do crime. Mas é um começo. A colheita do material não será invasiva, como já não é no tocante à impressão datiloscópica e à fotografia.

Os dados ficam arquivados em banco sigiloso. A eles somente terá acesso o juiz competente, em caso de investigação criminal, a pedido de autoridade policial, de modo a realizar confronto com outros elementos colhidos, permitindo-se estabelecer, com nitidez, a autoria de um delito – ou excluí-la com a mesma segurança.⁴⁵

A jurisprudência se estabeleceu no sentido de que a identificação criminal fotográfica e datiloscópica, dentro das hipóteses legais, é legítima. Ainda que a pessoa tenha identificação civil.⁴⁶ É possível, inclusive, obrigar o indivíduo a ter sua identificação datiloscópica feita contra sua vontade.⁴⁷

No STJ há entendimento sumulado⁴⁸ no sentido de que não é oponível a alegação de autodefesa em relação à conduta de atribuir-se falsa identidade. Ademais, entende-se que o réu pode ser conduzido coercitivamente para responder à primeira parte do interrogatório - aquela na qual há a identificação – mas não pode ser obrigado a responder a segunda parte, que diz respeito aos fatos. Portanto, não há direito a não se identificar.

O perfil genético, da mesma forma que a identificação digital, não é uma prova em si mesma. Apenas mostra quem é a pessoa. Tanto é assim que o procedimento de identificação criminal não costuma constar dos capítulos de provas, na maioria das doutrinas. Quando se fala

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. 1ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁴⁶ “Tendo o paciente sido investigado pela suposta prática do delito de roubo circunstanciado, mediante emprego de arma e concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal) - crime contra o patrimônio, praticado mediante violência ou grave ameaça -, seria legítima a sua identificação criminal pelos processos datiloscópico e fotográfico, mesmo que civilmente identificado, nos termos do art. 3º, caput e inciso I, da Lei 10.054/2000, vigente à época dos fatos.” (Superior Tribunal de Justiça, HC 40856 / MT, Min. Relatora Assusete Magalhães, Sexta turma, julgamento 27.11.2012, DJe 11.03.2014.)

⁴⁷ “Presente uma das hipóteses do art. 3º da Lei nº 12.037/09, e recusando-se o investigado a colaborar, é perfeitamente possível sua condução coercitiva, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal pelo delito de desobediência.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.140)

⁴⁸ Súmula 522-STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.”

em perícia datiloscópica, a prova em si é o laudo pericial, com base no vestígio. Se há identificação criminal fotográfica, e a polícia encontra uma gravação em vídeo que mostra o rosto da pessoa no momento do crime, a prova em si é o vídeo, não a identificação fotográfica.

A diferença reside apenas no avanço tecnológico, que possibilitou novas formas de identificação. Tanto a fotografia quanto a datiloscopia, em determinado momento, foram inovações no âmbito da identificação criminal, ou seja, foram “casos difíceis” para o direito. Portanto, nunca se considerou a identificação criminal realmente como prova.

Os esclarecimentos supracitados já poderiam ser considerados suficientes para a defesa da constitucionalidade e da coerência da medida. Porém, pode-se percorrer um caminho diferente, acolhendo um sentido amplo de prova: “instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo”⁴⁹. A partir desse conceito, é possível incluir a ideia de perfil genético, uma vez que sem a identificação, o laudo pericial não poderia ser feito.

Em relação ao investigado, a natureza da coleta seria de medida cautelar probatória, possível para qualquer crime⁵⁰ e sujeita à reserva de jurisdição. Já quanto ao condenado, seria de efeito extrapenal da condenação, específico para aqueles que cometeram crimes graves e hediondos.

3.2 Direito à Não Autoincriminação

É necessário, agora, enfrentar o argumento mais forte – e frequentemente levantado pela defensoria no caso do RE nº 973.837- a favor da possibilidade de recusa à coleta do material biológico: o Direito à não autoincriminação.

De acordo com Dworkin, só existem 3 tipos de fundamentos que podem, coerentemente, restringir a definição de um determinado direito⁵¹:

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁵⁰ “Diversamente da hipótese prevista no art. 32, IV, da Lei nº 12.037/09, em que a identificação do perfil genético é feita para ser utilizada como prova em relação a um crime já ocorrido - pode ser qualquer delito, já que o dispositivo não faz qualquer restrição quanto à espécie de infração penal -, no caso do art. 9º-A da LEP, a coleta do material genético será feita apenas em relação aos condenados por sentença transitada em julgado pela prática de certos delitos, sendo que a identificação irá para um banco de dados de modo a ser usada como prova em relação a fatos futuros. Ademais, neste caso, não há necessidade de prévia autorização judicial para a coleta do material biológico, vez que esta autorização é necessária apenas para ulterior acesso ao banco de dados por parte da autoridade polícia” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de direito processual penal*. Salvador: juspodivm, 2015, p.138.)

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 307

- I. Os valores protegidos pelo direito original não estão realmente em jogo no caso, ou que estão em jogo apenas de forma atenuada.
- II. Existe algum direito concorrente que seria indevidamente restringido.
- III. Se o direito for assim definido, o custo para a sociedade não será simplesmente adicional, mas de grau muito superior ao custo pago no caso da concessão do direito original. Um grau suficientemente alto para justificar qualquer atentado à dignidade ou à igualdade que esteja envolvido.

Portanto, se chegarmos à conclusão de que o direito à não autoincriminação existe e não se enquadra em nenhuma das 3 hipóteses apresentadas, devemos descartar a possibilidade de coleta compulsória.

A Constituição Federal, no inciso LXIII de seu Art. 5º, traz a regra do direito ao silêncio: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Não há previsão constitucional expressa a direito à não autoincriminação ou a direito a não produzir provas contra si mesmo.

No âmbito supralegal, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) também traz, em seu Artigo 8º, 2, “g”, o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.”

Todavia, a jurisprudência brasileira consolidou o direito à não autoincriminação de forma mais abrangente que o direito ao silêncio. Estabeleceu-se, por exemplo, que o indiciado não pode ser obrigado a fornecer padrão gráfico ou padrão vocal para exames de espectrograma de voz ou grafotécnico:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo,

entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido.”⁵²

Também se entende que não é possível compelir o acusado a participar de reprodução simulada do fato delituoso:

“O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar de reprodução simulada do fato delituoso. O magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto-incriminação, ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato – provido de indiscutível eficácia probatória – concretizados da reprodução simulada do fato delituoso.”⁵³

Percebe-se que uma interpretação coerente do direito brasileiro não poderá deixar de considerar esses e outros precedentes no sentido de que existe o direito à não autoincriminação, ainda que a constituição e a lei não o declarem expressamente. É o que Dworkin denominou força gravitacional do precedente. Mas ele adverte que

“se a força gravitacional do precedente tem por base a ideia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos, Hércules deve então descobrir os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios, e não a partir de determinada política.”⁵⁴

Para interpretar o que é o direito à não autoincriminação e a entender sua relação com o caso, é preciso, então, levar em consideração não só os precedentes que expõem o direito em comento, mas também as lei relacionadas e outros precedentes relevantes, de forma chegar ao entendimento que conceda mais integridade os sistema.

Logo, se há uma interpretação que possibilite a concordância da lei do perfil genético com a constituição, ela deve ser privilegiada – dando valor à legitimidade democrática que advém do processo legislativo -, a não ser que a incoerência que essa interpretação acarrete se sobreponha à supremacia legislativa. Isso porque, para Dworkin:

“A supremacia legislativa constitui uma outra limitação institucional, e isso geralmente abrange todos os tribunais. Se um juiz está convencido de que uma lei admite apenas uma interpretação, então, excetuando-se o impedimento constitucional, ele deve colocar em prática essa interpretação como sendo o direito, mesmo que

⁵² Supremo Tribunal Federal, HC 77.135, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, Julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998.

⁵³ Supremo Tribunal Federal, HC 69.026, Rel. Min. Celso De Mello, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 181.

considere tal lei incoerente, em princípio, com o direito entendido em seu sentido mais amplo. (...) Se Hércules houvesse decidido ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito sempre que a ignorância dessas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do direito, considerada, por si só, matéria relevante, então ele teria violado totalmente a integridade.”⁵⁵

O que é, então, o direito à não autoincriminação? Em termos gerais, afirma-se⁵⁶ que é o direito a não produzir provas contra si mesmo. Mas o que seria “não produzir”? Inicialmente, seria possível conceber “produção” como qualquer conduta, ativa ou passiva, ou seja, o agir e o suportar. Porém, há julgados e práticas jurídicas que contradizem essa hipótese.

Firmou-se o entendimento de que é possível obrigar suspeito a se submeter ao exame de raios-x, sem que isso viole o direito em discussão. O STJ decidiu que esse direito diz respeito à impossibilidade de obrigar alguém a agir positivamente para se auto incriminar, não incluindo a situação na qual a pessoa suporta investigação contra si:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PACIENTES SUBMETIDOS A EXAME DE RAIOS-X. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PROVA POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE DE COCAÍNA. (...)”

O princípio que veda seja alguém compelido a produzir prova contra si próprio consubstanciado no brocado latino *nemo tenetur se detegere*, diz respeito à impossibilidade de coagir alguém a performar atitude positiva em seu desfavor.

É evidente que ninguém pode ser obrigado a fazer algo que o incrimine, mas isso não quer dizer, em absoluto, que não possa suportar investigação contra si, caso contrário não seriam possíveis revistas pessoais, buscas e apreensões, ou mesmo máquinas de raio-x em aeroportos. (...) Tampouco esse procedimento foi invasivo a ponto de comprometer seriamente a integridade física dos apelantes ou a sua dignidade.”⁵⁷

Entende-se, ainda, que o acusado pode ser coercitivamente colocado ao lado de outras pessoas, a fim de que se proceda ao reconhecimento pela vítima ou por testemunhas, seguindo o disposto do Art. 266 do Código de Processo Penal. Além disso, buscas pessoais são realizadas

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 479.

⁵⁶ “O princípio da inexigibilidade de autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* (também denominado princípio da ‘autodefesa’ pelos tribunais), que assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, tem pontos de contato com o princípio da presunção de inocência e com o direito ao silêncio assegurado pela constituição.” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10ª ed. Salvador: Juspodvm, 2015, p.74)

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça, HC nº 149.146/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgamento 5.4.11, DJe 19.4.11.

mesmo contra a vontade do acusado. Se forem encontradas armas ou drogas durante o ato, a princípio, essas não são consideradas ilícitas por violação ao direito à não autoincriminação.

Caso se assumisse, também, que a criação compulsória do perfil genético viola o direito à não autoincriminação, por possibilitar o confronto entre a identificação genética e o vestígio, seria necessário afirmar que as todas condenações baseadas em comparação de digitais na cena do crime com identificação criminal datiloscópica compulsória e em identificação de pessoas constantes de fotos e filmagens por meio da identificação criminal fotográfica compulsória foram erros. Seria entender que a inexigibilidade de autoincriminação é o que Dworkin intitulou direito fraco, porque nunca foi levado a sério.

Nesse sentido, Marcelo Schirmer relembra que o direito ao silêncio foi inscrito na Constituição de 88, após um período ditatorial. A regra vem para proteger os indivíduos em relação a práticas como a tortura - que visavam obter, muitas vezes, a confissão, tida como a “rainha das provas” à época - e não para impedir o aperfeiçoamento do sistema penal. O autor defende uma interpretação não hipertrofiada, e mais compatível com a coerência do sistema jurídico, do direito à não auto incriminação:

Ocorre que o direito de não confessar cumpre uma função protetiva bem delineada, enquanto o suposto direito de não contribuir na produção de provas, conquanto possa interessar, do ponto de vista estratégico, não socorre à salvaguarda de qualquer direito fundamental que reclame proteção.

Realmente, a pressa em desenvolver um processo penal com ênfase na proteção da liberdade individual levou a doutrina a ignorar algumas de suas funções e a sugerir, com relação à garantia de não-autoincriminação, interpretações que carecem de sentido, porque não embasadas em sua finalidade protetiva, e nem sempre encontram respaldo na lógica e na coerência do sistema.” (...)

Com efeito, o princípio em análise não foi instituído por representar, ele mesmo, um bem jurídico a ser protegido, mas porque se mostrou um eficiente aparato na proteção a bens jurídicos propriamente ditos. Parece-nos óbvio que entre os bens tutelados pelo Estado em decorrência de sua vantagem pela comunidade, ou seja, entre os direitos que se incorporaram ao patrimônio jurídico da humanidade por sua inegável carga de valor (vida, integridade física e psíquica, liberdade, intimidade, privacidade, etc.), não se encontram a inação ou o silêncio. Não há uma valoração positiva nos atos de se omitir ou se calar, apenas asseguram-se tais condutas desde que e quando elas se apresentam idôneas a, de alguma maneira, impedir a ofensa a direitos. Nascida para resguardar o sujeito contra violações à sua incolumidade física e moral ou às suas liberdade e dignidade, evidente que a garantia de não-autoincriminação não existe a não ser para a proteção de direitos fundamentais, ou seja, em função deles. Em síntese, a não autoincriminação não é um fim em si mesmo, mas, fundamentalmente, um meio de proteção de verdadeiros direitos fundamentais.

Decorreu, sem dúvidas, da necessidade de interromper as práticas persecutórias que violavam as integridades física, psíquica e moral dos indivíduos, a fim de obter a confissão, então considerada a rainha das provas.⁵⁸

Portanto, uma interpretação adequada do direito à não autoincriminação chegará à conclusão de que não se pode obrigar alguém a participar ativamente de atos incriminatórios. A possibilidade de resistir a determinados atos – fechando a mão para impedir o acesso às digitais ou buscando evadir-se da ação policial, por exemplo - não significa que o sujeito estará a produzir prova contra si mesmo. Se assim fosse, a pessoa levada, após resistência, à participação em reconhecimento de pessoas estaria forçadamente se autoincriminando. No entanto, nunca se entendeu nesse sentido.

Na realidade, viola o direito à não autoincriminação obrigar alguém a produzir prova contra si mesmo. E produzir uma prova depende de conduta ativa⁵⁹. É impossível, por exemplo, falar ou escrever por outra pessoa. São atitudes que dependem intrinsecamente da autonomia do ser humano. Não se pode, portanto, ter a pretensão de obrigar alguém a participar de um exame grafotécnico ou uma perícia para reconhecimento de voz, muito menos de obrigar alguém a confessar. São provas que precisam de consentimento para serem produzidas.

Por outro lado, quando uma pessoa é levada ao reconhecimento de pessoas, passa por uma busca pessoal, tem material biológico recolhido para obtenção de perfil genético ou tem as digitais identificadas, quem tem o comportamento ativo e quem produz a prova é o Estado, por meio de seus agentes. João Costa Neto e Bruno Rodrigues Trindade vão ao encontro desse entendimento quando afirmam que:

Nada impede que o acusado seja obrigado a participar de um reconhecimento de pessoas. Sempre se entendeu na jurisprudência que o acusado pode ser coercitivamente enfileirado junto de outras pessoas para que a vítima ou uma testemunha possa indicar se, dentre os presentes, está aquele que teria cometido o crime. Isso porque o reconhecimento é meramente passivo. O mesmo ocorre na colheita de DNA. Nesse contexto, também se pode obrigar o acusado a permitir que um cotonete seja levemente passado no céu da sua boca. É só isso que o “suabe bucal” envolve: passar um cotonete no céu da boca de uma pessoa. Diferentemente da extração de sangue, o cotonete não penetra no corpo do acusado. A colheita de provas é totalmente superficial. Com efeito, não se trata de meio invasivo.⁶⁰

⁵⁸ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2008, p.33 a 37.

⁵⁹ “Sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g., acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro, etc.), será indispensável seu consentimento.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de direito processual penal*. Salvador: juspodivm, 2015, p.135)

⁶⁰ COSTA NETO, João; TRINDADE, Bruno Rodrigues. *A genética forense a serviço do iluminismo*. Revista Perícia Criminal. Ano XVIII, Número 40, Dezembro de 2017, p. 17.

Logo, não haveria que se falar, por conseguinte, em autoincriminação, sob pena de declarar a inconstitucionalidade de boa parte das condenações penais. Nesse sentido, esclarece Nucci:

Não se vai exigir do indiciado ou acusado que faça prova contra si mesmo doando material genético para confrontar com o perfil contido no banco de dados. Na verdade, a polícia poderá extrair da cena do crime todos os elementos necessários para estabelecer um padrão de confronto (ex.: fio de cabelo, sêmen, sangue etc.). Diante disso, havendo dúvida quanto à identidade do autor, pode-se acessar o banco de dados para checar o perfil genético ali constante, a ser estabelecido por laudo pericial.

O material encontrado na cena do crime não foi compulsoriamente extraído do autor da infração penal, mas apenas colhido pelo agente estatal. Aliás, o mesmo se dá, hoje, quando uma câmara qualquer filma um crime; valendo-se das imagens, a polícia pode encontrar o suspeito. Ou, ainda, quando se colhe, no local da infração, a impressão datiloscópica, permitindo-se encontrar o agente.

Em suma, colher material genético para a identificação criminal de qualquer condenado não é procedimento suficiente para prejudicá-lo; ao contrário, busca-se assegurar a sua perfeita individualização. Se, no futuro, ele tornar a cometer um crime e o Estado, de posse de material colhido no local do delito ou da vítima, puder confrontar com os dados constantes do banco genético, encontrando-se o autor, cuida-se do aperfeiçoamento do sistema investigatório. O acusado não forneceu, obrigatoriamente, material algum para fazer prova contra si mesmo. O ponto de vista é outro: o Estado colheu dados noutras fontes e confrontou com perfil genético já existente.⁶¹

Conclui-se, dessa maneira, que a coleta não voluntária de material biológico para identificação genética, segundo uma interpretação coerente e íntegra do direito brasileiro, não viola o direito à não autoincriminação. Porém, isso não assegura completamente a constitucionalidade da referida coleta. É necessário, ainda, assegurar que a medida respeite o Direito Constitucional como um todo.

3.3 Constitucionalidade

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/12 alegam violações a diversos direitos e princípios constitucionais, principalmente à privacidade, à intimidade, à presunção de inocência, à intangibilidade do corpo, à isonomia e ao devido processo legal. Também questionam a eficiência da utilização do perfil genético. É preciso, então, analisar se as críticas procedem.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. 1ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

É consensual a ideia de que a constituição assegura, *prima facie*⁶², a privacidade e a intimidade aos indivíduos. Entretanto, essa privacidade nunca impediu determinados institutos que favorecessem mais outros princípios em tensão com a privacidade, como a segurança e o interesse público, também constitucionais.

O Estado tem acesso aos gastos, às rendas e aos bens dos indivíduos por meio de declarações obrigatórias à Receita. A constituição possibilita até mesmo a quebra de sigilo de comunicações telefônicas por ordem judicial, na forma da lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal⁶³. Possibilita também a busca e apreensão, respeitada a reserva de jurisdição, bem como a busca pessoal. Com isso é possível ter acesso inclusive ao *smartphone* de um indivíduo, objeto que, atualmente, costuma dizer muito mais sobre a intimidade de alguém do que um conjunto de números com a finalidade exclusiva de identificação, como é o caso do perfil genético.

Percebe-se, também, ao analisar o ordenamento jurídico como um todo, que as razões do direito penal são as que têm mais peso quando se analisa a ocorrência de violação à intimidade e à privacidade em determinado caso. Isso justamente porque o direito penal busca proteger os bens jurídicos de maior valor dentro da comunidade.

Também é relevante ressaltar que as identificações fotográfica e datiloscópica podem expor mais, em determinadas circunstâncias, a intimidade do indivíduo do que a identificação por meio do perfil genético. São identificações com diferentes recortes, apenas, sendo que a identificação genética apenas revela a identidade e o sexo da pessoa.

Há um emblemático habeas corpus julgado pelo STF, cuja ementa foi transcrita abaixo, que impediu a realização de exame DNA à força para exame de paternidade:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do

⁶² “As normas gerais e abstratas não são capazes de regular as suas próprias condições de aplicação, e que, portanto, a aplicação de uma norma, de um princípio, requer que, na unicidade específica e determinada do caso concreto, diante das várias versões dos fatos que se apresentem, se tenha o tempo todo também em mente a norma geral e o princípio contrário, a configurar uma tensão normativa rica e complexa que opere como crivo para discernir, no caso, as pretensões abusivas das legítimas.” (CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. 1ªed. 2011. Belo Horizonte: Editora Fórum.)

⁶³ Art. 5º, XII, da CF/88

exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”⁶⁴

Percebe-se que esse julgado trata de caso muito diferente do RE nº 973.837. Esse diz respeito à coleta - com previsão legal possibilitada pela constituição - de material biológico para criação de perfil genético com propriedade única de identificação criminal, por meio de técnica não invasiva e indolor. Aquele diz respeito à extração de sangue, sem previsão legal, para realização de teste de DNA, que seria utilizado como prova de paternidade em ação civil. Muitos dos ministros ainda levaram em conta a possibilidade de confissão ficta, no caso da paternidade, por presunção de reconhecimento⁶⁵. Em diversas partes do julgado é ressaltada a impossibilidade de obrigar alguém a fazer alguma coisa senão em virtude de lei, vez que não havia lei nesse sentido.

No caso objeto de discussão neste trabalho, há a lei que trata do perfil genético e que, ao dispor que “as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos” e que “os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial”⁶⁶, mostra consideração e respeito por aquele que tem sua identidade genética produzida, buscando assegurar a privacidade e a intimidade do indivíduo, sem eximir o Estado de suas obrigações constitucionais como garantidor de segurança, da vida, da dignidade sexual e da justiça.

Não há que se falar, ainda, em desrespeito à presunção de inocência. No caso do acusado, a obtenção do perfil genético pode proporcionar a identificação necessária à compreensão de um acontecimento. Não gera a presunção de que o acusado é culpado. Já no caso do condenado, deve ser respeitado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A partir daí, como foi esclarecido anteriormente, a identificação por perfil genético poderia ser considerada, no máximo, efeito extrapenal da condenação. Ora, se o condenado, por força de

⁶⁴ Supremo Tribunal Federal, HC 71373, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. P/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento 10.11.1994, DJ 22.11.1996.

⁶⁵ Súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.”

⁶⁶ Lei nº 12.654/12, Art. 5º-A, §§1º e 2º, respectivamente.

lei, pode perder cargo público e ficar inabilitado para dirigir veículo⁶⁷ – fortes limitações a direitos e à autonomia -, porque não poderia ter de suportar a criação de seu perfil genético?

É certo que a constituição veda a tortura e o tratamento desumano e degradante – condições mínimas para a caracterização de um estado de direito. No entanto, afirmar que a coleta compulsória de material biológico para criação de perfil genético configura tratamento desumano ou degradante é ampliar demasiadamente esses conceitos.⁶⁸ Tal interpretação não é possível, sob pena de gerar uma inconsistência no sistema jurídico brasileiro, já que, como explicitado previamente, o Estado, de maneira considerada necessária, legítima e constitucional, “viola” a suposta “intangibilidade corporal absoluta” defendida por aqueles que condenam a obtenção de perfil genético compulsória. Nesse sentido, Carlos Henrique Borlido Haddad esclarece que:

A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado.⁶⁹

A coleta compulsória de material biológico para obtenção de perfil genético é um procedimento não invasivo, que em nada compromete a dignidade do indivíduo, nem o submete a tratamento degradante, cruel ou desumano. O agente a serviço do Estado simplesmente passa um suabe bucal (cotonete) no céu da boca do indivíduo. Pronto. Isso não pode ser considerado tratamento indigno ou degradante em uma realidade na qual as pessoas - sem se sentirem

⁶⁷ Efeitos da condenação dispostos no Art. 92 do Código Penal.

⁶⁸ Para Dworkin, a dignidade humana, em uma de suas dimensões, é a responsabilidade que cada pessoa tem de ir atrás do que considera uma vida bem sucedida. Isso envolve respeito a decisões individuais. Entretanto, Dworkin adverte isso não significa que o indivíduo poderá decidir sobre tudo: “We have a right and a responsibility to decide for ourselves about religion, marriage, and occupation, for instance. We can also quickly agree about decisions that people do not have a right to make for themselves. I cannot decide for myself what property is mine rather than yours, or whether I may injure you physically or imprison you, or even, as most of us now think, whether to wear a seat belt when I drive. The state makes those decisions for us all and properly coerces us to obey its decisions. The difference between these two kinds of decision is the difference between ethics and morality. Our ethical convictions define what we should count as a good life for ourselves; our moral principles define our obligations and responsibilities to other people. **The principle of personal responsibility allows the state to force us to live in accordance with collective decisions of moral principle, but it forbids the state to dictate ethical convictions in that way.**” (DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton University Press, 2006, p.20-21)

⁶⁹ Supremo Tribunal Federal, RE 973.873, Memorial MP-MG, eDOC 16, p.5.

diminuídas como sujeitos de direitos - são obrigadas a retirar sapatos e passar em raio x para voar de avião, a fazer identificação datiloscópica pra ter uma identidade civil (mas que pode ser utilizada para eventual comparação em perícia datiloscópica) e até mesmo para fazer um prova de concurso⁷⁰, e a se submeter a busca pessoal baseada em “fundada suspeita”.⁷¹

Por outro lado, um Estado que, tendo a possibilidade de utilizar uma ferramenta idônea e razoável de melhoria do sistema penal, se recusa a fazê-lo, passa a ser corresponsável pelas violações à dignidade, à vida e à incolumidade física e mental decorrentes dos crimes que ocorreram ou que deixaram de ser investigados devido a sua omissão. O resultado da inação, nesses casos, é propriamente uma violação à dignidade. Nesse sentido, é relevante a seguinte lição de Dworkin:

“Não podemos dizer que prevenir a violação é um tipo especial de dano, porque qualquer limitação à liberdade é um insulto à dignidade. (...) Um governo legítimo não compromete a dignidade quando age para proteger alguns cidadãos da violência de outros. Se pensássemos que qualquer proibição do crime comprometia automaticamente a dignidade, teríamos de ver grande parte daquilo que o governo agora faz como gravemente errado.”⁷²

O Estado, como detentor do monopólio dos meios coercitivos, carrega a responsabilidade de proteger os cidadãos, de prevenir as violações a bens jurídicos – principalmente os resguardados pelo Direito Penal -, e de dar uma resposta àqueles que sofreram violações ilegítimas a seus direitos devido a crimes.

É claro que existem limites. Uma concepção de direito que valorize a dignidade irá proteger qualquer indivíduo contra a tortura e o tratamento desumano ou cruel. O abuso de poder, o tratamento vexatório e as irregularidades cometidas por agentes do Estado são inconstitucionalidades, e quase sempre ilegalidades, que sempre deverão ser coibidas.⁷³ Na

⁷⁰ Supremo Tribunal Federal, RE 603585, Rel. Min. Roberto Barroso, Julgamento 18.11.2015, DJe 30.11.2015.

⁷¹ A coleta não viola os direitos humanos, já que respeita a dignidade do identificado, de acordo com os valores embutidos na constituição, na lei e na prática jurídica, cumprindo os dois requisitos de Dworkin: “The basic requirement that government show respect for human dignity functions in two ways (...), that basic requirement is the source of what we might call baseline human rights: the concrete rights, like the right not to be tortured, that set limits to how any government may act. These rights forbid acts that could not be justified by any intelligible interpretation of the ideas that people’s lives are of equal intrinsic value and that they have a personal responsibility for their own lives. (...) But, second, the basic requirement has a further, continuing, and distinct force. It forbids any government to act toward anyone in a way that contradicts its own understanding of those values—the understanding embedded in its own laws and practices.” (DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton University Press, 2006, p.35-36)

⁷² DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.353.

⁷³ “É possível atingir o rendimento desejado na utilização da mescla tipagem-banco, com a produção de resultados eficazes na identificação e na investigação criminal, sem deixar de respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais conexos com a ‘persecutio criminis’. Se os resultados desejados serão

realidade, a coleta coercitiva diminui as chances de pessoas que foram injustamente presas serem coagidas – por meio de tortura, inclusive - a não aceitarem a coleta, para que as irregularidades não venham à tona⁷⁴. Portanto, de acordo com Norberto Avena:

Eventualmente, pode acontecer que o indivíduo, comparecendo perante a autoridade (espontaneamente ou por meio de condução), recuse-se ao procedimento de colheita de impressões digitais, de material fotográfico e de material biológico (na hipótese prevista no art. 5.º, parágrafo único, da Lei 12.037/2009 e no art. 9.º-A da Lei 7.210/1984). Nesse caso, presentes as situações legais, faculta-se o uso da força para obrigá-lo à prática do ato. Logicamente, deve ser usada a força moderada, isto é, apenas aquela necessária e suficiente para a realização da identificação criminal. Excessos injustificados tipificam o crime de abuso de autoridade, contemplado no art. 4.º, b, da Lei 4.898/1965 (“submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”).⁷⁵

Alguns alegam, ainda, que a coleta compulsória em relação aos condenados viola o princípio da isonomia, por trazer discriminação indevida com sua previsão apenas para crimes dolosos praticados com violência de natureza grave ou hediondos.

Cabem aqui algumas reflexões proporcionadas por Dworkin. Esclareceu-se, anteriormente, que para esse autor, o legislativo deve estar comprometido com a integridade política, buscando alguma concepção coerente do que é tratar as pessoas como iguais e procurando agir coerentemente em relação ao conjunto normativo.

Todavia, é uma integridade mais difusa, até mesmo por levar em consideração argumentos de política. A isonomia que a lei precisa respeitar não consiste em tratar todos da mesma forma⁷⁶. Na realidade, consiste em tratar pessoas diferentemente quando houver um motivo plausível e não arbitrário para isso. Esse é o limite da política, da estratégia e da relação entre meios e fins. João Costa Neto e Bruno Rodrigues Trindade ressaltam que, no caso, não há que se falar em direito penal do autor:

alcançados com respeito aos direitos fundamentais, bem, isso dependerá dos aplicadores do direito. O fato é que o instrumental técnico-jurídico e os meios adequados (estrutura e pessoal técnico capacitado) estão à disposição dos agentes que atuam na persecução penal.” (SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da lei 12.654/12*, Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2013, p. 206.)

⁷⁴ TRINDADE, Bruno Rodrigues; COSTA NETO, João. *Banco Nacional de Perfis Genéticos: exame da constitucionalidade à luz da dignidade humana*. Revista Brasileira de Ciências Penais. Brasília. Jan/Jun 2018, p.202.

⁷⁵ AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6ª Ed. São Paulo: Método, 2014, p.227

⁷⁶ “O efeito da integridade sobre as decisões políticas é mais difuso (...) não exige que programas específicos tratem todos da mesma maneira. Contudo, o interesse da integridade pelos direitos e princípios às vezes desqualifica um certo tipo específico de incoerência. Uma legislatura norte-americana não poderia decidir que nenhum agricultor católico recebesse subsídios mesmo que, inacreditavelmente, houvesse sólidas razões para tal discriminação.” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 268)

Um segundo direito diretamente relacionado com o valor intrínseco de cada indivíduo é a igualdade perante a lei e na lei. Nesse caso, observa-se que a obrigatoriedade da coleta de material genético em nada ofende esse requisito da dignidade humana, pois a lei em análise – 12.654/2012 – não faz uma distinção entre indivíduos, o que seria uma espécie de direito penal do autor. Todos que estejam sob a égide do ordenamento jurídico pátrio são submetidos aos ditames da norma, o critério isonômico é a realização das condutas previstas nos tipos penais elencados no texto legal. Ou seja, em nenhum momento se trata de direito penal do autor, mas sim direito penal do fato, respeitando-se a isonomia.⁷⁷

No caso da Lei nº 12.654/12, o legislativo brasileiro estabeleceu uma distinção entre os crimes dolosos com violência grave ou hediondos e os demais crimes. Foi a distinção que politicamente lhes pareceu a mais adequada às metas e aos interesses envolvidos. Também não é uma decisão arbitrária, pois traz maiores consequências a delitos que abstratamente são considerados mais reprováveis, violentos, gravosos ou delitos cujo combate pode ser mais eficaz com o perfil genético.

Alguns poderiam afirmar que não foi a melhor escolha política, pois outros delitos talvez fossem mais reprováveis, ou poderiam ser melhor combatidos com a medida. Poderiam alegar até mesmo que o ideal seria obter a identidade genética de todos os cidadãos. Porém, considerando que a lei respeitou a integridade difusa que se demanda de uma decisão legislativa, não seria função do judiciário adentrar no aspecto político decidindo a melhor estratégia a ser tomada e fazendo as vezes do legislador.

Outro argumento contrário à Lei nº 12.654/12 é a falibilidade da perícia baseada em perfil genético. Alega-se que diversos erros podem ocorrer durante a coleta do material e de seu processamento. Assim, por não ser um tipo de prova eficiente ou idôneo, o Estado não poderia se apoiar nela para condenações.

Quanto a esse aspecto, é necessário compreender que o risco é inerente à condição humana e à complexidade do mundo moderno, e que todo saber é datado. Considera-se que identificação genética tem acurácia quase total, mas não é infalível. Todavia, a identificação datiloscópica é mais falível que a genética, e a fotográfica mais falível que a datiloscópica. A grande possibilidade de erro não está, entretanto, na comparação entre o material e a identificação. Está nas relações de causa e consequência estabelecidas no processo penal. Sabe-se que a prova pericial é apenas mais uma peça de um conjunto probatório. Por exemplo, se o

⁷⁷ TRINDADE, Bruno Rodrigues; COSTA NETO, João Costa. *Banco Nacional de Perfis Genéticos: exame da constitucionalidade à luz da dignidade humana*. Revista Brasileira de Ciências Penais. Brasília. Jan/Jun 2018, p.191.

laudo pericial declara que o fio de cabelo encontrado na cena do crime pertence à pessoa X, isso não significa que o laudo é prova cabal de que a pessoa X cometeu o crime. Aury Lopes Jr. traz relevantes observações quanto a esse tema:

O discurso científico é muito sedutor, até porque, em situação similar ao dogma religioso, tem uma encantadora ambição de verdade. Sob o manto do saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo)verdade, com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto probatório. Não se nega o imenso valor do saber científico no campo probatório, mas não existe “a rainha das provas” no processo penal. Uma prova pericial como essa demonstra apenas um grau, maior ou menor, de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato.

Pode, ainda, ser estabelecida uma discussão sobre a validação científica dos métodos de análise, ou seja, discutir a validade dos testes a partir da natureza das amostras biológicas utilizadas, por exemplo. Não raras vezes, as amostras são encontradas em superfícies não estéreis, podendo sofrer danos após o contato com a luz solar, micro-organismos e solventes. Isso pode levar a equívocos na interpretação.

Outro ponto fundamental é discutir o nexo causal, ou seja, como aquele material genético foi parar ali e até que ponto pode o réu ser responsabilizado penalmente pelo resultado pelo simples fato de ter estado com a vítima, por exemplo. Também não se pode desconsiderar a possibilidade de manipulação desta prova, não apenas no sentido mais simples, de falhas na cadeia de custódia da prova, laudos falsos, enxerto de provas etc., mas também na possibilidade de fraudar o próprio DNA.

(...)

Ainda que a questão esteja longe de qualquer pacificação, pois estes estudos também estão sendo questionados, não podemos esquecer que todo saber é datado e tem prazo de validade. Uma teoria ou conhecimento reina até que venha outra teoria que a contrarie ou modifique.⁷⁸ Não sem razão, a exposição de motivos do CPP é categórica: “todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que as outras”. Mais do que isso: o juiz não está adstrito ao laudo, podendo acolhê-lo ou refutá-lo, no todo ou em parte. Do contrário, teríamos a substituição do juiz pelo perito, transformando o julgador num mero homologador de laudos e perícias, algo absolutamente incompatível com a garantia da jurisdição e do devido processo penal. Portanto, o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre a prova testemunhal, por exemplo.⁷⁹

Portanto, a discussão acerca da ambição de verdade que têm as provas periciais é importante, porém não tem o condão de impedir a utilização desse tipo de prova ou de torná-la inconstitucional. Serve, todavia, para gerar um processo de formação de convicção mais crítico, não só no Direito Penal, mas também em outras áreas do direito.

⁷⁸ É dessa constatação que emerge a ideia de paradigma, de Thomas Kuhn. (KUHN, Thomas. S. A Estrutura das Revoluções Científicas. São Paulo: Perspectiva, 1996)

⁷⁹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 445-457.

Diante de um caso no qual a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético é necessária ou prevista, a primeira opção, obviamente, é sua extração voluntária. A segunda opção é a obtenção por meios indiretos, como a coleta do material utilizado para exames médicos.

O juiz pode determinar – na investigação ou no processo, e a pedido do ministério público - busca e apreensão para coleta de cabelo, escova de dente, cigarro ou qualquer outro objeto que contenha o material biológico descartado.⁸⁰ Essa é uma alternativa inclusive para provas invasivas ou que exigem comportamento ativo.⁸¹No caso “Glória Trevi”, por exemplo, que é anterior à Lei nº 12.654/12 – e objetiva a coleta de material genético não para mera identificação, mas sim para averiguação de paternidade – o STF entendeu que o DNA poderia ser obtido da placenta descartada pela extraditanda:

EMENTA: Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extraditção n.º 783, à disposição do STF. 2. **Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda.** 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e **deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da**

⁸⁰ Supremo Tribunal Federal, RE 973837, eDOC 26, Quesito 3.

⁸¹“Em se tratando de prova invasiva ou que exija um comportamento ativo, não é possível a produção forçada da prova contra a vontade do agente. Porém, se essa mesma prova tiver sido produzida, voluntária ou involuntariamente pelo acusado, nada impede que tais elementos sejam apreendidos pela autoridade policial. Em outras palavras, quando se trata de material descartado pela pessoa investigada, é impertinente invocar o princípio *nemo tenetur se detegere*. Nesse caso, é plenamente possível apreender o material descartado, seja orgânico (produzido pelo próprio corpo, como saliva, suor, fios de cabelo), seja inorgânico (decorrentes do contato de objetos com o corpo, tais como copo, ou garrafas sujas de saliva etc.).” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de direito processual penal*. Salvador: juspodivm, 2016, p.80.)

reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.⁸²

A coleta compulsória do material, portanto, seria a terceira opção.⁸³ Considerando a preocupação da legislação quanto à não exposição de características dos identificados, a previsão de sigilo e de responsabilização da utilização indevida, a coleta do material biológico por meio de método não invasivo e indolor e a necessidade de decisão judicial para a coleta de material de suspeitos, percebe-se a boa-fé⁸⁴ da lei, que trata o identificado com o devido respeito e consideração de um sujeito de direitos.

Assim, a coleta em comento não parece se enquadrar em nenhuma das hipóteses de ingerências corporais que Eugênio Pacelli enuncia como potencialmente inconstitucionais. É o que se depreende do trecho abaixo:

“Nenhum texto de tratado internacional abriga as pretensões de extensão da não autoincriminação para além de suas forças, isto é, como o direito (esse sim!) de não depor contra si e nem se declarar culpado e como garantia individual de proteção contra intervenções corporais ilegítimas. Nos EUA, na Alemanha, na Espanha, na Itália, na Inglaterra, na França, em Portugal etc. etc., colhem-se impressões

⁸² Supremo Tribunal Federal, Rcl 2040 QO / DF, Rel. Min. Néri Da Silveira, Tribunal Pleno, Julgamento 21.02.2002, DJ 27.06.2003.

⁸³ João Costa Neto e Bruno Rodrigues Trindade afirmam que há mais uma opção, caso se entenda que não é possível a coleta coercitiva: “A competência para legislar sobre direito penitenciário é concorrente. Além da União, Estados e Municípios também podem legislar sobre essa matéria. Logo, nada impede que sejam editadas leis estaduais para sancionar administrativamente, por infração média ou leve, o condenado que se recusa a cumprir a determinação legal de permitir a colheita de seu material genético. Isso, entretanto, só é necessário se não se entender que a recusa à colheita por parte do condenado não configura infração grave. As infrações graves estão previstas nos arts. 50 e 51 da LEP, em rol taxativo. Por outro lado, o art. 49 da LEP autoriza a legislação local a especificar as infrações leves e médias, bem assim as respectivas sanções. Aqui, duas interpretações são possíveis. Pode-se enquadrar a recusa do condenado a permitir que seu DNA seja colhido como “desobediência ao servidor do presídio” ou “inexecução de ordem recebida”. Essas condutas, previstas nos incisos II e V do art. 39 da LEP, são consideradas infrações graves, por força do art. 50, VI, da LEP.” (COSTA NETO, João; TRINDADE, Bruno Rodrigues. *A genética forense a serviço do iluminismo*. Revista Perícia Criminal. Ano XVIII, Número 40, Dezembro de 2017, p. 18)

⁸⁴ “O fato de Dworkin entender os Direitos Humanos como princípios universais, dotados de conteúdo moral, não significa que a interpretação e densificação dada a eles pelas diversas ordens jurídicas não possa legitimamente variar. Para o autor, torna-se relevante a distinção entre interpretações de boa-fé e de má-fé atribuídas pelos governos aos direitos e às ações justificadas por eles; o compromisso, ao menos em princípio, com o respeito pelos Direitos Humanos demonstrado pelo governo ou instituição mostra-se relevante para a interpretação de seus atos” (CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. 1ªed. 2011. Belo Horizonte: Editora Fórum. p. 75). Nesse sentido, o seguinte trecho de Dworkin acerca dos direitos humanos: “It demands, first, that any government, whatever its traditions and practices, act consistently with some good-faith understanding of the equal intrinsic importance of people’s lives and of their personal responsibility for their own lives. It also demands, second, that nations that have developed their own distinct understanding of what these standards require not deny the benefit of that understanding to anyone.” (DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton University Press, 2006, p.35-36)

datiloscópicas, material para exame de DNA, fotografias (frente e verso), desde que autorizado na forma constitucional (em geral, pelo Judiciário). (...)

A exigência legal de submissão a determinadas ingerências corporais nada tem de inconstitucional, a priori. Poderão sê-lo, todavia, quando a) desnecessárias, b) gravosas e c) interfiram na capacidade de autodeterminação da pessoa.

Mas, ainda assim, quando forem inconstitucionais, o que não é o caso de nenhuma intervenção prevista no Brasil atualmente (incluindo o bafômetro), não se terá violado o direito de permanecer em silêncio, mas sim outros princípios de mesma índole (constitucional), a depender de cada caso concreto.”⁸⁵

Dessa maneira, a coleta que segue os ditames legais e não utiliza força desnecessária é não só ato constitucional, mas também resultado de um processo político democrático que teve o devido cuidado de tratar o indivíduo com respeito e consideração.

Portanto, considera-se que a interpretação correta do caso, coerente, construtiva e aberta ao futuro ao mesmo tempo que fornece a melhor justificativa da prática judicial é a seguinte: a Lei nº 12.654/12 não apenas respeita o direito à não autoincriminação, como também cumpre os preceitos constitucionais, por proporcionar a proteção a bens jurídicos preciosíssimos pra a comunidade - como a vida e a segurança - enquanto resguarda os direitos fundamentais do identificado. Por isso, conclui-se que é acertada a posição do Ministério Público e do TJ-MG no sentido de que é constitucional – e, portanto, compatível com a preservação da privacidade e da dignidade - a coleta de material biológico de Wilson para criação de perfil genético segundo a Lei nº 12.654/12.

⁸⁵ Oliveira. Eugênio Pacelli. *Breves notas sobre a não autoincriminação*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, Maio 2011, p. 4-5.

CONCLUSÃO

Ao interpretar o caso do RE nº 973.873, bem como a Lei nº 12.654/12, buscou-se construir o romance em cadeia mais adequado, justo e coerente. Assumindo a postura interpretativa que procura a resposta correta para o caso, perseguiu-se a continuação do romance que melhor explicasse as práticas jurídicas, sem deixar de levar em conta uma abertura do direito para o futuro. Foram considerados tanto os textos da constituição e das leis, quanto a jurisprudência referente ao assunto, em busca de uma interpretação que contribuísse para a integridade do direito.

A identificação por meio de perfil genético foi comparada com as outras opções de identificação criminal. O que se observou foi que a identificação genética não revela traços somáticos ou comportamentais da pessoa. Tem apenas a função de individuar alguém. É como a identificação datiloscópica, que também pode ser confrontada com vestígios por meio de perícia, sem se tornar inconstitucional ou menos válida por isso.

Consignou-se, durante a análise do caso, que levar a ideia de direito à não autoincriminação a sério implica reconhecer que ele não tem uma abrangência capaz de inviabilizar todo tipo de identificação criminal - legalmente criada segundo permissivo constitucional - que possibilite um laudo pericial. Isso não é uma afirmação contraditória, e sim uma interpretação que leva em consideração como esse direito é considerado na prática.

Dizer que autoincriminação impede a identificação por procedimento que não exige ação do indivíduo e não é invasivo, como a coleta de material biológico pra obtenção do perfil genético, significa dizer que o direito à não autoincriminação nunca existiu no Brasil, porque nunca foi levado a sério. Essa não parece ser a interpretação que mostra o direito brasileiro sob sua melhor luz.

Após a superação do suposto problema da autoincriminação, partiu-se para uma análise de outros princípios e direitos que poderiam ir de encontro à coleta compulsória.

O que se percebeu é que uma interpretação construtiva da relação entre os princípios da privacidade/intimidade e os princípios do interesse público e da segurança, nesse caso, levará à seguinte conclusão: a identificação genética contra a vontade do indivíduo é possível, já que a lei que a prevê decorre de permissivo constitucional, assegura que as informações contidas nos bancos não poderão revelar características pessoais e garante o sigilo da identificação. Portanto,

a lei possibilita a busca do interesse público por uma sociedade com menos crimes e menos impunidade, enquanto respeita a intimidade do identificado.

No que diz respeito à presunção de inocência, concluiu-se que não há violação quando da identificação do acusado nem do condenado. Em nenhum dos casos se considera o indivíduo culpado antes de transitado em julgado de sentença penal condenatória. A identificação do condenado é apenas isso. Uma identificação. Pode ser, no máximo, considerada efeito extrapenal da condenação.

Além disso, compreendeu-se que não há ofensa à dignidade da pessoa humana pela identificação genética, por ser um procedimento que nada tem de degradante, principalmente quando comparado a outras práticas consideradas constitucionais, como a identificação datilográfica, a passagem por raio x e a busca pessoal. A lei mostra, quanto aos identificados, o mesmo respeito e consideração que outros indivíduos da comunidade recebem quando das práticas supracitadas, que em nada reduzem sua dignidade.

Existem vários argumentos pragmáticos que poderiam ter sido utilizados para justificar a possibilidade de coleta coercitiva de material biológico para obtenção do perfil genético. É mais barato e mais eficiente para o Estado coletar os perfis genéticos do que aumentar as penas dos crimes. A técnica vem sendo utilizada por estados de direito consolidados no mundo inteiro, ajudando na resolução de inúmeros crimes bárbaros, principalmente o homicídios dolosos e estupro. A formação do banco de perfis tem efeito preventivo geral e especial. Do ponto de vista estratégico, o legislativo entendeu que a coleta é uma boa maneira de perseguir os interesses da comunidade.

Todavia, como esclareceram as lições de Dworkin, o juiz deve se pautar por argumentos de princípio. Partiu-se, então, do pressuposto de que cabe ao legislador utilizar argumentos de política, enquanto cabe ao julgador condicionar a legitimidade dessas políticas ao respeito aos direitos fundamentais. Precisamente por isso, foram analisados os argumentos que sugeriam o desrespeito a direitos daquele a ser identificado. Uma vez que, caso se entendesse que a coleta compulsória é uma violação aos direitos fundamentais do indivíduo, nem mesmo os melhores argumentos pragmáticos seriam capazes de eliminar a inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/12.

No entanto, a partir de uma leitura principiológica e sistêmica, chegou-se à conclusão de que a coleta coercitiva de material biológico para criação de perfil genético não viola

qualquer direito fundamental. Ao menos não quando é realizada de acordo com os ditames legais e com o procedimento padronizado constante da Resolução nº 3 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos⁸⁶. Quaisquer pretensões abusivas, evidentemente, devem ser consideradas contrárias ao direito.

Realizou-se, também uma reflexão acerca dos limites da racionalidade humana, do caráter transitório do saber e da impossibilidade de tratar a prova pericia como irrefutável, ou como prova cabal da autoria de um crime. Esse pensamento, que é válido para todas as provas periciais de todos os ramos do direito, mas tem especial relevância no Direito Penal, tem a virtude de trazer à tona a necessidade de tratar a prova pericial – à qual o juiz não está adstrito - como parte de todo um conjunto probatório.

A coleta voluntária é a ideal, porém, quando ela não for possível, o Estado pode primeiramente buscar a coleta por meio de materiais biológicos descartados pelo indivíduo em objetos de uso pessoal ou em exames. Caso não seja possível, não há qualquer inconstitucionalidade, muito menos ilegalidade, na coleta compulsória desse material, tanto do acusado quanto do condenado, para a obtenção de perfil genético. Entende-se que essa é a resposta mais adequada à ideia de direito como integridade.

⁸⁶ Supremo Tribunal Federal, RE 973837, eDOC 26, p.2.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 6ª Ed. São Paulo: Método, 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 1ªed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

COSTA NETO, João; TRINDADE, Bruno Rodrigues. **A genética forense a serviço do iluminismo**. Perícia Federal. n.40, Dezembro de 2017.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Federal Bureau of Investigation (FBI). **Frequently Asked Questions on CODIS and NDIS**. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>> Acesso em 14/11/2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: 1999.

JACQUES, G.S.; MINERVINO, A. C. **Aspectos Éticos e Legais dos Bancos de Perfis Genéticos**. Perícia Federal, n. 26, 2008.

KUHN, Thomas. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1996

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**. Salvador: juspodivm, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 1ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Breves notas sobre a não autoincriminação**. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, Maio, 2011.

SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da lei 12.654/12**, Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2013.

SERPA JÚNIOR, Wilson dos Santos. **A recusa do investigado ao fornecimento de material genético nos casos previstos pela Lei nº 12.654/2012**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

TRINDADE, Bruno Rodrigues. **Banco nacional de perfis genéticos: exame da sua constitucionalidade e efetividade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

TRINDADE, Bruno Rodrigues; COSTA NETO, João. **Banco Nacional de Perfis Genéticos: exame da constitucionalidade à luz da dignidade humana**. Revista Brasileira de Ciências Penais. Brasília. Jan/Jun 2018.